



LES ORDENANCES DE CIVISME A LA LLUM DE LA RECENT JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM

**UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA
FACULTAT DE DRET – TREBALL DE FINAL
DE GRAU**



Director: Ricard Brodat i Jubert

Curs: 2015/2016

Autor: Laura Roqué Padrosa

Bellaterra, 6 de maig del 2015

RESUM: Durant els últims anys, i a conseqüència del creixement migratori a Europa, la nostra societat està transformant-se, evolucionant, i convertint-se cada vegada en una societat més multicultural degut a les diferents cultures que conviuen. A causa d'aquesta convivència, a vegades, es produeixen xocs culturals que ocasionen conflictes i que pertorben la tranquil·litat dels habitants d'una regió concreta. A vegades, aquestes conductes que provoquen col·lisions entre els habitants d'una mateixa localitat, es regulen mitjançant ordenances municipals, com pot ser l'ús del *burka* o *niqab* o el *nudisme*. En aquest treball s'analitzarà com resol el Tribunal Suprem els conflictes que s'han presentat a l'Estat Espanyol per la regulació mitjançant ordenances municipals certs drets i si aquests vulneren o no els drets fonamentals de la Constitució Espanyola.

Índex.

1. Abreviatures.....	3
2. Introducció.....	4-5
3. Les ordenances de civisme.....	6-9
4. Sentència del Tribunal Suprem de 14 de febrer del 2013, Sala Contenciosa- Administrativa, Secció 7 ^a	10-23
4.1.Historia del Cas.....	10
4.2.Tractament per part del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, la Sentència 489/2011.....	10-17
4.3.Tractament per part del Tribunal Suprem.....	17-22
4.4.Actualitat.....	22-23
5. Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa – Administrativa, Secció 4 ^a , de 23 de març del 2015.....	25-31
5.1.Tractament per part del Tribunal Superior de Justícia, la sentència 215/2013, de 23 de març, Sala Contenciosa – Administrativa. 25-26	
5.2.Tractament per part del Tribunal Suprem.....	26-31
5.3.Actualitat.....	31
6. Conclusions.....	32-34
7. Bibliografia.....	36-38
ANNEX.....	39-44
1. Actualitat.....	39-44
1.1. França.....	39-41
1.2. Itàlia.....	41
1.3. Bèlgica.....	42
1.4. Alemanya.....	42
2. Opinió d'organismes internacionals.....	42-43
2.1. Resolució 1743/2010 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa sobre l'islam, islamisme i la islamofòbia a Europa.....	42
2.2. Recomanació de 1927/2010 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa.....	42-43

1. Abreviatures.

ART.: Article

BOP.: Butlletí Oficial de la Província

BOPB: Butlletí Oficial de la Província de Barcelona

CE.: Constitució Espanyola.

CEAL.: Carta Europea d'Autonomia Local.

CEDH.: Carta Europea dels Drets Humans

ED.: Editorial.

LJCA: Llei de la Jurisdicció Contenciosa – Administrativa.

LOLR.: Llei Orgànica sobre la Llibertat Religiosa.

LRBRL.: Llei Reguladora de Bases del Règim Local.

LRJAPPAC: Llei 30/1992, de 26 de novembre, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

LRSAL: Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local.

STEDH: Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans.

TEDH.: Tribunal Europeu dels Drets Humans.

TS: Tribunal Suprem.

TSJ.: Tribunal Superior de Justícia.

VS.: Versus.

2. Introducció.

Actualment ens trobem front una societat versàtil, una societat en la que es viuen intensos canvis deguts a la globalització econòmica, l'acceleració del progrés tecnològic, l'evolució i canvi del pensament humà, entre d'altres factors, que afecten tant a l'economia com a les polítiques dels Estats.

És en l'evolució del pensament humà on trobem els canvis més notoris deguts a l'augment de la informació de la que disposem, la nova societat de la informació, que ens permet accedir a ella des de qualsevol punt i en qualsevol format, i de la convivència en un mateix espai de diferents cultures, cultures que han començat a conviure a causa de la immigració de persones que porten amb elles mateixes diferents tradicions i costums, que s'han d'integrar en una societat ja existent.

En una mateixa societat, per tant, en la nostre societat de la informació, conviuen, cohabiten, diferents cultures en un mateix espai de forma lliure i cívica.

Aquestes diferents expressions, ja siguin culturals o més encarades als diversos pensaments de les persones, han estat regulades a l'àmbit local, des de fa aproximadament una dècada, pel fenomen de les ordenances de civisme i convivència, aprovades per les corporacions locals, que regulen legalment com exercir un comportament humà en un espai determinat perquè aquest exercici es realitzi de forma normalitzada, per tant, poder aconseguir una convivència.

L'objectiu d'aquest treball és l'anàlisi de les sentències del Tribunal Suprem, en endavant TS, que tracten sobre diverses ordenances de civisme, concretament les ordenances de civisme emanades de l'Ajuntament de Barcelona i l'Ajuntament de Lleida que parlen, respectivament, sobre el nudisme (l'ordenança de Barcelona) i l'ús del vel islàmic en espais públics (l'ordenança de Lleida). Tot això encarat a extreure quin és el criteri hermenèutic d'aquet tribunal respecte a aquestes normes.

Com podem veure aquestes ordenances tracten diferents temes que podem englobar en l'evolució de la societat, tant de pensament com de diversitat cultural. El que realitzaré és un estudi de com tracta aquestes ordenances de civisme el TS en comparació al Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Autònoma pertinent i com es troba en l'actualitat.

M'agradaria concloure la introducció al treball amb les paraules de Victoria Camps¹ relatives al civisme i la societat: *“El civisme es, per sobre de tot, una cultura, la cultura de la convivència pacífica i solidaria, del compromís amb la ciutat i amb les persones que hi conviuen. És una cultura perquè està relacionat amb el “cultiu” de la persona, el que els grecs en deien la formació del caràcter o de l’ethos (d’on ve la paraula “ètica”). Què caldrà fer per formar el caràcter d’acord amb els valors de la responsabilitat, la solidaritat i la tolerància, en una societat que ensenya a les persones a gaudir de la llibertat i a fer-ho per consumir, és el que cal que esbrinem entre tots. Però no seria bo ni eficaç que ens deixem envair pel pessimisme. La moral sempre ha tingut quelcom de contracultural, de remar contra corrent, d’inculcar valors que no son ni populars ni atractius, però que son els que ens han d’ajudar a viure bé tots plegats”*.

¹ CAMPS, V., *El sentit del civisme*, extret de la revista *Les Claus de la Convivència*, nº6, 2005.

3. Les ordenances de civisme.

Les ordenances de civisme són un tipus d'ordenança municipal dictada per l'ens local competent que tracten sobre qüestions relacionades amb el civisme.

En primer lloc, cal definir que són les ordenances municipals. Segons el diccionari de la llengua catalana de l'Institut d'Estudis catalans entenem per ordenança² *la disposició general de caràcter reglamentari* i, pel terme municipal³ estableix que és allò *relatiu o pertanyent al municipi, del municipi*. Per tant, podem definir una ordenança municipal com una disposició de caràcter reglamentari relativa o pertanyent al municipi. Són un tipus de reglament que adopten les corporacions locals i s'aproven en els plens.

Segons Antonio Embid Irujo, *la ordenanza municipal es la respuesta que un ente local da en el espacio territorial que le es propio a las exigencias y posibilidades que otras potestades también con presencia en el ordenamiento jurídico otorgan al ente local como, singularmente, lo son la potestad tributaria o la sancionadora que, normalmente, son consideradas accesorias o complementarias de las competencias municipales previamente determinadas por el ordenamiento jurídico*⁴.

Podem establir, d'acord amb la legislació que es citarà, que les ordenances municipals es dicten d'acord amb la potestat normativa local i d'acord amb la potestat municipal d'intervenció en l'activitat de la ciutadania, regulat als articles 84.1.a de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, i 236.1.a del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya⁵.

² <http://dcc.iec.cat/ddlcI/scripts/indexA.asp?ini=ordenan%E7a>

³ <http://dlc.iec.cat/results.asp?txtEntrada=municipal&operEntrada=0>

⁴ EMBID IRUJO, A. **Pròleg**. Al llibre: *Ordenanza Municipal y Ley*. Marcial Pons, Madrid. 2001, p. 9.

⁵ DIPUTACIÓ DE BARCELONA, ÀREA D'IGUALTAT I CIUTADANIA; SERVEI DE PROMOCIÓ DE POLÍTIQUES D'IGUALTAT DONA-HOME., *Elements per a una actuació municipal de promoció del civisme*, 1ª Edició, Ed. Diputació de Barcelona, Àrea de Presidència, Direcció de Comunicació; Barcelona, 2007, p.46.

Com ja s'ha dit, les ordenances de civisme són un tipus d'ordenança municipal encarades a regular tot allò que tingui a veure amb el comportament cívic. Cal, però, definir el concepte de civisme per poder entendre el que regulen aquest tipus d'ordenances. D'acord amb Ricard Zapata – Barrero, *el concepte civisme té relació amb com ha de ser la relació de la ciutat amb la ciutadania per aconseguir estabilitat i cohesió social. Quan parlem de civisme ens referim a actituds, comportaments, pràctiques i accions de les persones en l'espai públic*⁶. El civisme és el comportament respectuós dels ciutadans amb les normes de convivència que ens poden ajudar a aconseguir seguretat ciutadana. Aquestes ordenances el que faran és regular la relació de la ciutat amb la ciutadania per aconseguir un equilibri social.

D'altre banda, d'acord amb María Teresa Ayllón Trujillo, *La «convivencia ciudadana» es pues local y a la vez universal. Así lo entienden las Ordenanzas, que sitúan su acción y relacionan su propia efectividad en el contexto más amplio de unas políticas públicas integrales de cohesión social, de carácter intergubernamental*⁷.

Se'ns plantegen dos casos en que es regulen dos comportaments en els que es pot observar la regulació d'uns comportaments hipotèticament subsumibles a un dret fonamental. Aquí sorgeix el problema de si les ordenances municipals poden o no regular l'exercici d'aquests Drets.

L'article 53.1⁸ de la Constitució Espanyola (en endavant CE), estableix que tots els poders públics poden regular mitjançant una llei l'exercici dels drets i les

⁶ ZAPATA – BARRERO, R., *Ciutats, Ciutadania i cultura cívica. Importància d'elaborar un discurs públic* extret de la publicació *Elements per una actuació municipal de promoció del civisme*, Diputació de Barcelona, març del 2007.

⁷ AYLLÓN TRUJILLO, M^a TERESA., *De lo global a lo local: La perspectiva de catalejo* extret de *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales (Universidad de Barcelona)*, número 69, de 1 d'agost de 2000.

⁸ Article 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

llibertats contemplats a la CE, respectant en tot moment, el seu contingut essencial. Ho han de tutelar mitjançant allò previst a l'article 161 de la CE. Relacionat amb aquest, trobem l'article 137⁹ de la CE, que ens diu que totes les entitats territorials gaudeixen d'autonomia per la gestió dels seus respectius interessos. A més, l'article 4.1.a)¹⁰ de la Llei de Bases de Règim Local (en endavant, LRBRL) estableix que les administracions públiques de caràcter territorial (Ajuntaments) gaudeixen de potestat reglamentaria i d'autoorganització. Per tant, podrien regular aquest tipus de dret.

Aquest fet es veia plasmat a l'article 28¹¹ de la LRBRL, el qual recollia el principi de subsidiarietat a nivell de bases. Aquest principi, el principi de subsidiarietat, el que estableix és que l'administració que regula és la que està més propera al problema. És per això que, d'acord amb aquest principi, els ajuntaments podrien regular conductes que ajudessin a solucionar un determinat problema¹², com pot ser, per exemple, l'ús del *burka* o la nuesa en llocs públics. Aquest article, però, amb l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'administració local (en endavant LRSAL), que plasma en el seu article onzè la supressió de l'article 28 de la LRBRL¹³.

⁹ Article 137 CE: *El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.*

¹⁰ Article 4.1.a) LRBRL: *a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.*

¹¹ Article 28 LRBRL: *Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad, y la protección del medio ambiente.*

¹² Si ens remuntem a la Llei de Bonn, a la Constitució de Weimar de 1919, en el seu article 28.2 estableix el següent: *Debe garantizarse a los Municipios el derecho a resolver, en el marco de las Leyes y bajo su propia responsabilidad, todos los asuntos de la comunidad local.* Una gran part de la doctrina segueix el que estableix aquest article i, d'acord amb aquest, es podrien regular tots els assumptes que afecten a la comunitat local i, si algun d'aquests impliqués regular algun dret fonamental, el podria regular sempre que no afectés el seu contingut essencial.

¹³ Amb el nou article 25 de la LRSAL, amb el seu llistat de competències de l'article 25, no s'inclou la seguretat en els llocs públics.

Doncs, relatiu a la regulació d'aquests drets, i d'acord amb allò establert anteriorment, podem veure que les administracions locals no poden regular el nucli essencial d'aquest tipus de dret però si poden regular l'esfera accessòria en l'exercici dels drets fonamentals i llibertats públiques. Trobem que una Ordenança Municipal pot regular matèries accessòries dels drets fonamentals i, sobre tot, els aspectes relatius a la vida col·lectiva dins el terme municipal, d'acord amb la jurisprudència emesa pel Tribunal Constitucional a les seves sentències n°77/1985, de 27 de juny, la n°101/1991, de 13 de maig i la sentència n°132/2001, de 18 de juliol, les quals estableixen que pot regular-se mitjançant aquest tipus de norma reglamentaria aspectes no essencials dels Drets Fonamentals. Aquesta era la línia jurisprudencial interpretativa fins ara que s'hauria vist modificada amb la línia jurisprudencial del Tribunal Suprem objecte d'aquest treball.

4. Sentència del Tribunal Suprem de 14 de febrer del 2013, Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 7ª.

4.1.Història del cas.

El ple municipal de l'Ajuntament de Lleida va aprovar, el 8 d'octubre del 2010, la modificació de 3 articles de l'Ordenança Municipal de Civisme i Convivència, que el que prohibien vestir robes que amaguessin la cara en els espais públics utilitzant qualsevol element que impedeixi la identificació de la persona i comunicació visual amb les altres, incloent el vel integral. Textualment, el que prohibien era *“l'accés o permanència en els espais o locals destinats a un ús públic o servei a totes aquelles persones que portessin un vel integral, passamuntanyes, casc integral i altres vestimentes o accessoris que impedeixin o dificultin la identificació i comunicació visual de les persones”*. Un cop el consistori va adoptar la modificació, aquesta es va publicar al BOP de Lleida i es van aprovar inicialment les modificacions de l' Ordenança Municipal de Civisme i Convivència¹⁴.

En desacord amb aquesta modificació de l'Ordenança Municipal de Civisme i Convivència de l'Ajuntament de Lleida l'Associació *Watani* per la Llibertat i Justícia va presentar un recurs contenciós – administratiu de protecció jurisdiccional contra el consistori lleidatà, en data 25 d'octubre del 2010, demanant la suspensió de l'executivitat de l'aprovació inicial de la modificació de l'Ordenança i, a més, també demanava la seva anul·lació.

4.2.Tractament per part del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, la Sentència 489/2011.

El cas arriba al Tribunal Superior de Justícia (en endavant TSJ) de Catalunya mitjançant un recurs contenciós – administratiu per la protecció jurisdiccional dels Drets Fonamentals per part de l'Associació *Watani* per la Llibertat i la Justícia (en endavant Associació *Watani*). Aquesta, en el recurs presentat, va al·legar les següents infraccions:

- a) Falta de competència de l'Ajuntament de Lleida per legislar en matèria de Drets Fonamentals.

¹⁴ Publicada per primera vegada al BOP de Lleida de 13 de març del 2007.

- b) Suficiència de les Lleis Estatals per aconseguir la identificació de les persones i, per tant, la innecessarietat de la modificació de l'ordenança. Falta de diàleg amb els col·lectius afectats.
- c) Vulneració de l'article 16 de la CE, així com de la Llei Orgànica de Llibertat Religiosa.
- d) Vulneració de l'article 14 de la CE i de l'article 14 del Conveni Europeu per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals.
- e) Vulneració dels articles 10 i 23 de la CE, de la Llei Electoral i de la Directiva Comunitària 93/400/CE.
- f) Indefensió per la denegació de proves proposades en el tràmit d'informació pública i falta de motivació de l'actuació administrativa.

En primer lloc, el que realitza el TSJ de Catalunya, és analitzar si existeix aquesta vulneració dels articles 16¹⁵ de la CE (llibertat ideològica i religiosa), l'article 14¹⁶ de la CE (dret a la igualtat) i l'article 23¹⁷ de la CE (dret a la participació en els assumptes públics).

Pel que fa a l'article 16 de la CE, es planteja la seva vulneració en la mesura en que la prohibició inclou una vestimenta, el vel integral (*burka*, *niqab*...) que segons l'Associació *Watani es pròpia de les persones que*

¹⁵ Article 16 CE: *1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

¹⁶ Article 14 CE: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

¹⁷ Article 23 CE: *1. Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.*

professen la religió musulmana. En primer lloc el TSJ de Catalunya estableix que el vel integral és una vestimenta que utilitzen algunes dones de la religió musulmana. La sentència també estableix que el TEDH, respecte el vel no integral, que quan es vesteix aquest tipus de peça de roba es considera un acte motivat o inspirat per una religió o convicció, pot ser una manifestació d'una creença religiosa o convicció ideològica o religiosa i, per tant, un signe de tal caràcter¹⁸.

L'associació recurrent estima que l'Ajuntament no té atribuïda la competència per poder legislar en matèria dels Drets Fonamentals. per analitzar-lo ens em de remetre a fer un anàlisi exhaustiu dels articles 140¹⁹ de la CE i l'article 4.2²⁰ de la Carta Europea d'Autonomia Local (en endavant CEAL). D'aquesta manera, en principi no tindrien habilitació per regular aquesta qüestió.

El Tribunal també estableix que una prohibició o infracció d'aquestes característiques no té una cobertura en una norma estatal, fet establert al Fonament Jurídic (en endavant FJ) Segon quan diu *una prohibición o infracción de tales características carece de cobertura en norma estatal o autonómica alguna. Debemos plantearnos por tanto, si puede encontrar sustento jurídico en los arts.139 y 140 de la LRBRL tras su modificación en 2003*. El que es fa es relacionar-ho amb els articles 139²¹

¹⁸ Fonament Jurídic Segon *ab initio*.

¹⁹ Article 140 CE: *La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto*.

²⁰ Article 4.2 CEAL: *Les entitats locals tenen, dins l'àmbit de la Llei, llibertat plena per exercir la seva iniciativa en tota matèria que no estigui exclosa de la seva competència o atribuïda a una altre autoritat*.

²¹ Article 139 LRBRL: *Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones*

(que possibilita establir un regim sancionador per part de les administracions locals) i l'article 140 (que conté descrites infraccions) de la LRBRL. Respecte aquest fet, el Tribunal estableix el següent *En materia de potestad sancionadora, tal como resume la sentencia del TS de 23-6-2003, su atribución a los entes locales se contiene de modo explícito en el art. 4.1.f de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley cuya modificación por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre la adecuó a lo que señalaba la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de exigencias mínimas que había de reunir la ley que regule la potestad sancionadora municipal en un ámbito concreto de la intervención pública, esto es, 1) fijar los criterios mínimos de antijuricidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones y 2) preestablecer cuando menos las sanciones que pueden establecer las Ordenanzas municipales*²². Si seguim aquests criteris que s'estableixen, podem veure que la prohibició que ha realitzat l'Ajuntament de Lleida té cabuda, doncs fixa uns criteris mínims d'antijuricitat mitjançant els preceptes establerts a l'ordenança municipal de civisme i, també, estableix les sancions que comporta realitzar aquest fet antijurídic.

Aquests preceptes legals fan menció als possibles danys que es podrien desprendre de tal conducta prohibida als danys als bens públics i a la possible pertorbació de la tranquil·litat i vulneració de l'exercici dels drets legítims. Aquí s'aplica el principi de proporcionalitat per classificar les infraccions segons la intensitat de la seva pertorbació en molt greus, greus i lleus.

El fet d'ocultar el rostre, en la nostre cultura, provoca una pertorbació de la tranquil·litat, a excepció d'aquelles professions en que es requereix. El Tribunal, a tenor de tot allò exposat amb anterioritat, arriba a la conclusió de que el fet de portar un vel o qualsevol objecte que tapi la cara produeix una pertorbació de la tranquil·litat a la resta de les persones usuàries

contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

²² Fonament Jurídic Segon.

del servei o espai públic i, per tant, l'Ajuntament té competència per regular-ho²³.

Respecte a la competència que té l'Ajuntament per regular mitjançant ordenances municipals fets relatius a la pau i tranquil·litat dels ciutadans en espais públics, per tant, regulant els aspectes que giren al voltant de la llibertat religiosa, cal destacar la sentència del TS de 20 de juny del 1994, de la Secció 5^a, la qual estableix que el manteniment d'aquesta pau en espais municipals és competència de l'Ajuntament.

També hem de tenir en compte, que els Ajuntaments poden regular de forma accessòria l'exercici d'un Dret Fonamental o una Llibertat Pública, especialment els aspectes relatius a la vida col·lectiva dins el terme municipal, d'acord amb la jurisprudència emesa pel Tribunal Constitucional a les seves sentències número 132/2001, de 18 de juliol, la número 101/1991, de 13 de maig i la sentència 77/1985, de 27 de juny, les quals estableixen que pot regular-se mitjançant aquest tipus de norma reglamentaria aspectes no essencials dels Drets Fonamentals.

Per tant, estem front el sentit material de la constitució. El sentit material de la Constitució està constituït pels preceptes que regulen la creació de normes jurídiques generals i, especialment, la creació de lleis. Implica el conjunt de regles relatives a la organització i a l'activitat de l'Estat. A més de la regulació de la norma que crea altres normes, així com dels procediments de creació de l'ordre jurídic, també des del punt de vista material, la Constitució contempla els òrgans superiors del 'Estat i les seves competències.

A més a més, segons la jurisprudència, s'estableix que una ordenança si que pot incidir en la regulació municipal dels Drets Fonamentals i Llibertats Públiques si aquests tenen un caràcter antijurídic que puguin afectar a la vida col·lectiva dins el terme municipal. En aquest cas podem veure que es prohibeix l'ús del vel integral en els aspectes relatius a la convivència o vida col·lectiva i sols en espais municipals però no prohibeix

²³ Fonament Jurídic Segon *in fine*.

que les persones que vulguin portar dit vel en espais no municipals poden portar-lo. Aquest fet també es relaciona amb la seguretat que hi ha d'haver en els espais públics, de la seguretat de la qual han de gaudir tots els ciutadans en els espais municipals. Tot i gaudir de llibertat religiosa, tal i com s'assenyala a l'article 2.1²⁴ de la Llei Orgànica de Llibertat Religiosa (en endavant LOLR), tothom pot manifestar la seva religió sempre i quan es mantingui l'ordre públic i, pel sol fet de portar la citada peça de roba, aquest fet és veu afectat.

Quan parlem del concepte d'ordre públic podem veure que estem front un concepte jurídic indeterminat però, d'acord amb les sentències del TS d'11 de febrer i 11 de maig del 2009, independentment de la major o menor extensió que se l'hi doni, es refereix a conductes externes reals i perceptibles que el constituent mai va pensar que les persones poguessin comportar-se sempre segons les seves creences, sinó que tal possibilitat acaba on comença l'ordre públic. El que fan aquestes dues sentències és refutar que l'article 16 de la CE empari el dret a comportar-se en totes les circumstàncies de la vida d'acord a les pròpies creences²⁵.

Doncs, en un primer moment, podem veure que l'ordre públic és un dels arguments més sòlids per justificar aquesta prohibició²⁶. El concepte que descriu l'article 16 de la CE, relatiu a l'ordre públic, està integrat per diversos elements, destacant, pel que ens interessa, la seguretat pública, doncs és el que ens planteja el problema. Entenem, doncs, que per seguretat pública compren que la identificació de les persones és una activitat que va

²⁴ Article 2.1 LOLR: *1. El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica.*

²⁵ Fonament de Dret Segon *in fine*.

²⁶ ALÁEZ CORRAL, B. "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", a GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pág. 145.

indissolublement unida a ella en la seva vessant més preventiva i, és per això que l'ús del *burka* o del *niqab* pot xocar amb ella²⁷.

Aquest fet fa que no es pugi apreciar la falta de competència municipal, la vulneració de l'article 16 de la CE i tampoc l'article 9 del Conveni Europeu de la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals relatiu a la llibertat de manifestació de la pròpia religió de les persones. La sentència relaciona el present cas amb l'assumpte *Leyla Sahin vs Turquia*²⁸ i *Kervanci vs França*²⁹ del Tribunal Europeu dels Drets Humans (en endavant TEDH) que són casos molt relacionats amb el nostre.

En quan a la vulneració de l'article 14 CE, relatiu al Dret d'igualtat, el Tribunal SJ no l'aprecia perquè no observa un tracte desigual lesiu amb la resta dels ciutadans. Tampoc aprecia la vulneració de l'article 23 de la CE ja que no es desenvolupa en la demanda presentada i la resta de les al·legacions tampoc s'aprecien per tots els criteris citats a la sentència.

²⁷ A nivell jurisprudencial, podem veure que les sentències del 13 d'octubre del 1981 i de 25 de gener de 1983 del TS equiparen l'ordre públic a la pau social, pau pública y convivència social.

²⁸ En aquesta STEDH, *Leyla Sahin vs. Turquia* (10/11/2015) es va resoldre el conflicte relatiu a l'ús del vel islàmic a la universitat turca. En aquest cas, una estudiant musulmana, anomenada *Leyla Sahin*, portava el vel a la Universitat d'Estambul fins que, mitjançant una circular del Vicerector de la Universitat, es va prohibir l'accés a tot el recinte universitari portant vel islàmic i, també, a tots els homes que portessin barba. Degut a aquesta prohibició, l'alumne en qüestió no va poder realitzar els exàmens finals. Va presentar un tots els recursos interns per resoldre el conflicte fins agotar-los, ja que en les diverses instàncies se l'hi desestimava la demanda perquè els Tribunals donaven una major importància al Principi de Laïcitat que regeix a Turquia. Finalment va presentar recurs al TEDH, en el qual al·legava una vulneració de l'art. 9 del CEDH.

²⁹ En aquesta STEDH, *Kervanci vs. França* (04/12/2008), es va resoldre un conflicte relatiu al drets dels pares a protegir, mitjançant via judicial, el vel islàmic en els centres educatius públics de França. En aquest cas, una alumna francesa es nega a treure's el vel islàmic dins el centre educatiu públic en el que estudia després de que la direcció de l'escola li demanés de forma reiterada. Front la seva negativa, la direcció de l'escola decideix expulsar-la. Els pares de l'alumne van presentar tots els recursos interns per resoldre el conflicte fins agotar-los, portant el cas fins a una instància superior, com és el TEDH. Aquest Tribunal, en aquesta sentència és determinar el règim del vel islàmic en els centres educatius públics de França, la seva compatibilitat amb el Principi de Laïcitat, principi consagrat a la Constitució Francesa, i, també, amb el Principi de Neutralitat que ha de regir el funcionament de l'Estat Francès i els seus serveis públics.

Finalment, el TSJ decideix desestimar el recurs especial de protecció de Drets Fonamentals interposat per l'Associació *Watani* contra l'acord del Ple de l'Ajuntament de Lleida.

El que ens ve a dir el TSJ és que amb independència de si es considera que el fet de portar *burka* es un acte motivat o inspirat per una religió o no, l'Ajuntament té plenes competències per poder prohibir l'accés d'una persona a un espai municipal. No es considera el vel islàmic integral (*burka*) com una manifestació d'un Dret Fonamental ja que el considera com una manifestació externa de la llibertat religiosa, d'acord amb el Tribunal Constitucional³⁰. Es per això que el TSJ de Catalunya estableix que la l'Ordenança Municipal de Civisme i Convivència de l'Ajuntament de Lleida no vulnera el dret de llibertat religiosa i, a més, estableix que l'Ajuntament té competència per establir la prohibició de l'ús del vel islàmic en espais municipals.

4.3.Tractament per part del Tribunal Suprem.

Contra la Sentència del TSJ de Catalunya, la Associació Watani per la Llibertat i la Justícia va interposar un recurs de cassació en el que es sol·licitava al TS que es declarés la sentència impugnada no ajustada a Dret i, que al mateix temps, es declarés nul·la la modificació de l'ordenança municipal de l'Ajuntament de Lleida. Cal dir que aquesta Associació sols va recorre l'ús del vel integral, no de les altres peces de roba que s'establien a l'Ordenança del consistori esmentat³¹. El que s'al·lega és una vulneració dels articles 14 i 16 de la CE, relatius al dret a la participació en assumptes públics

³⁰En moltes ocasions el Tribunal Constitucional ha declarat que els Drets Fonamentals no són il·limitats sinó que el Dret que assisteix a totes les persones a comportar-se segons les seves pròpies creences acaba quan amenaça l'ordre públic. Podem veure-ho plasmat a la Sentència 2/1982, de 29 de gener, en el seu fonament jurídic cinquè *ab initio* o a la sentència 7/1983, de 14 de febrer de 1983, en el fonament jurídic tercer *ab initio*.

³¹Arribats a aquest punt, cal plantejar-se que hagués passat si hagués presentat el recurs una associació diferent a l'Associació *Watani*, com hagués pogut ser, per exemple, una associació que defensés l'ús del passamuntanyes. Segurament, podríem apreciar que no hagués passat res, que no s'hagués presentat el recurs o aquest no hagués arribat a les mans del TS.

i el dret a la igualtat, respectivament. També s'al·lega una vulneració dels articles 88.1.c i 88.1.d de la LJCA³².

El Tribunal, abans de començar a resoldre el cas, estableix que amb aquesta sentència no busca donar una resposta sobre si Espanya pot legislar o no sobre l'ús del vel integral (*burka* o *niqab*) sinó que el que fa la sentència és donar resposta a la impugnació de l'Ordenança Municipal del consistori lleidatà. Aquest fet és veu plasmat al tercer punt del Fonament de Dret Segon, el qual estableix el següent: 3º). *Por último en este capítulo inicial, en cuanto a la delimitación del sentido propio de nuestra sentencia, (que inevitablemente se relacionará con el genérico problema social y político referido en 1), debe advertirse que esta sentencia no tiene en modo alguno el sentido de respuesta del Tribunal a si en España y en el marco de nuestra Constitución cabe o no una prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos al estilo de la ley francesa aludida en 1.2, sino que la sentencia se mueve en el limitado espacio lógico acotado, primero, por la especialidad del proceso en que se formuló el recurso y, dentro de él, por los motivos de casación, no teniendo así otro sentido que el de respuesta a la impugnación de una concreta Ordenanza Municipal*".

Al llarg del segon fonament de dret, també, el que realitza és una referència al problema genèric i global que es planteja, l'ús de determinades peces per motius religiosos. Ho compara amb casos esmentats amb anterioritat, com el cas de *Leyla Sahin vs Turquia*, *Kervanci vs França* i *Dahlab vs Suïssa*³³.

³² Molt breument, al Fonament de Dret Tercer, ens parla de la vulneració dels articles 88.1.c i 88.1.d de la LJCA. Respecte ambdós motius, podem veure a la sentència que són denegats però no entrarem al seu estudi ja que no tenen un contingut constitucional, que és el que ens interessa.

³³ En aquesta STEDH, *Dahlab vs Suïssa*, es tractava d'un cas en el que una professora, d'origen catòlic i conversa a l'Islam, havia decidit cobrir el seu cap amb un mocador per raons religioses. En entrar en vigor una llei que prohibia l'ús del vel a les professores durant l'exercici de la seva professió per preservar el caràcter laic de les escoles. En aquest cas, el TEDH, va reconèixer que la prohibició suposava una restricció a la llibertat religiosa a la demandant però el tribunal també va acceptar el raonament del Govern Suís respecte a la necessitat d'aquesta restricció, doncs, compartia la percepció del Govern respecte a la importància i conseqüències de la laïcitat a les escoles com a

En primer lloc, parlaré sobre la vulneració de l'article 16³⁴ de la CE, la vulneració del qual s'ha al·legat com a vulnerat al recurs en qüestió. Podem establir que al llarg de la sentència i a la decisió de la mateixa accepta que l'ús del *burka* o *niqab* és una manifestació de la llibertat religiosa, d'aquest Dret Fonamental, decisió diferent a la que adopta el TSJ de Catalunya, que conclou totalment el contrari, doncs no veu l'ús del *burka* o *niqab* com una manifestació de la llibertat religiosa.

El TS, però, si que coincideix amb dues de les afirmacions que realitza el TSJ de Catalunya:

- a) Coincideix amb la neutralitat de l'Estat en qüestions religioses, sense evitar possibles debats dogmàtics o de moral religiosa³⁵³⁶.
- b) El segon punt de connexió és la discussió que hi ha hagut al voltant de l'article 16.1 de la CE, de que es qüestionari l'estricta caràcter religiós de aquestes peces de roba podrien considerar-se com una expressió d'una determinada ideologia que en quant a la llibertat constitucional tenen el mateix tractament que la llibertat religiosa³⁷.

El TS, també, quan parla del vel islàmic, *burka* i *niqab*, quan descriu aquestes peces, es regeix per la doctrina que emana del TEDH, de les sentències mencionades amb anterioritat, que en el seu text es descriu què és i què significa cada peca, si es consideren o no peces religioses.

Benito Aláez Corral segueix la mateixa corrent que el TS, establint el següent: *En mi opinión, la polémica acerca de si el velo islámico es un símbolo religioso o cultural se ha de resolver en principio a favor de su carácter religioso, puesto que, sea cual sea la concepción —subjetiva u*

mitjà de protecció de les creences dels estudiants, tenint en compte la seva joventut i la seva influenciabilitat.

³⁴ Veure nota nº7.

³⁵ El Tribunal Europeu dels Drets Humans s'ha pronunciat d'igual forma que el TS d'Espanya en la sentència del cas *Eweida i altres contra Regne Unit*, de 15 de gener del 2013, en els seus punts 80 i 81.

³⁶ Fonament de Dret Vuitè *in fine*.

³⁷ Ídem nota 27.

*objetiva— que se mantenga de símbolo religioso, lo cierto es que muchas de las mujeres que lo portan, así como la propia sociedad occidental que se ve confrontada con ellas, lo asocian como práctica con la confesión religiosa islámica, algunas de cuyas corrientes deducen su uso de los versículos 24:31 y 33:59 del Corán*³⁸.

Un altre fet molt discutit al llarg de la Sentència és el fet sobre si l'Ajuntament de Lleida té competència o no per realitzar una Ordenança de Civisme que legisli sobre aquest tema, qüestió que es discuteix en el fonament de dret desè. Cal dir que no existeix cap Llei que estableixi el límit per l'exercici d'una d'un Dret Fonamental de Llibertat Religiosa i, la prohibició del vel islàmic ho suposa, per afirmar que la prohibició establerta al respecte a l'Ordenança Municipal així com en els Reglaments provisionalment aprovats que tracten sobre el tema, provisionalment aprovats vulneren aquest Dret Fonamental³⁹.

D'acord amb la Llei de Bases de Règim Local (articles 4.1.f, 139 i 140) i l'article 4.2 de la Carta Europea de l'Autonomia Local, el TS estableix que per molt ampla que sigui la potestat dels Ajuntaments, dels ens locals, per regular les prohibicions i infraccions⁴⁰ són dos conceptes diferents, sent el primer pressupòsit del segon, segons el cas concret. En aquest cas, el TS considera que es produeix una rebutjable inversió dels termes del problema, s'anteposa la consideració de la infracció, justificant-la amb la normativa plenament mencionada, deduint de la legitimitat de la infracció la legitimitat de la prohibició. Aquest fet està establert, també, al Fonament Jurídic Setè, quan expressa el següent: *En todo caso, por muy amplia que sea la potestad de los Ayuntamientos para la regulación de infracciones y sanciones, no puede olvidarse que el artículo 139 de la LRBRL se refiere a las relaciones*

³⁸ ALÁEZ CORRAL, B., *Reflexiones Jurídico – Constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa*, extret de la Revista *Teoría y Realidad Constitucional*, número 28 (2011), pàgina 506.

³⁹ Aquest fet s'estableix al Fonament de Dret Desè de la Sentència analitzada.

⁴⁰ Recordar que a l'Ordenança de l'Ajuntament de Lleida s'estableix un règim d'infraccions per l'ús del vel islàmic en espais públics (sancions pecuniàries).

de convivencia de interés local lo que de por sí obliga a suscitar la cuestión, de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al interés local, para así poder atribuir a los gestores democráticos de ese interés la posibilidad de emanar regulaciones que al circunscribirse al ámbito espacial del ente, no resultan coextensas con el ámbito propio del derecho, de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no entre otras.

Cal remarcar, però, que l'Ordenança Municipal de Lleida fa èmfasi en la tasca pedagògica que ha de realitzar-se amb el *burka* i *niqab* i que prèviament a la sanció que es preveu imposar, ha d'haver-hi una advertència prèvia i, si la persona afectada es nega a descobrir-se, llavors podrà haver-hi una sanció i la seva graduació dependrà de si hi ha reincidència o no. Cal posar èmfasi en els drets que en els drets que es pretén protegir, com són la igualtat entre els homes i dones i per raó de seguretat, convivència i civisme⁴¹.

El TS, també, afirma que estem front una inexistència d'una Llei prèvia de cobertura per poder legislar sobre el tema.

Cal prestar una especial atenció al Fonament de Dret Novè, que fa referència als límits dels Drets Fonamentals. El que realitza és una referència a la Sentència del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de novembre. El que diu el TS és que els Drets Fonamentals poden cedir front a béns o interessos constitucionalment rellevants, sempre que la limitació sigui necessària per aconseguir el fi previst, proporcionat per aconseguir-lo i, a més, que sigui respectuós amb el contingut essencial del dret fonamental restringit.

També la Sala fa al·lusió a la pertorbació de la tranquil·litat que en la nostra cultura occidental produeix el fet de portar la cara amagada als nostres pobles i ciutats, a la nostra societat. Sobre aquest fet, el TS considera el següent: *“La realidad de esa perturbación de la tranquilidad en nuestra cultura occidental, a que alude la sentencia, carece de una demostración*

⁴¹ Extret de ARCÉS PIÑOL, M.TERESA, *La Prohibición del burka en Europa y en España*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edició, p. 178.

convinciente en cuanto simple constatación sociológica, con lo que la base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece. Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE⁴² ⁴³, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida”⁴⁴ ⁴⁵.

A la sentència el TS també és menciona respecte al principi d'igualtat i la dignitat de la dona⁴⁶, al·legats per l'Ajuntament de Lleida per prohibir l'ús del vel islàmic, el TS els refuta, estableix que no són d'aplicació en aquest cas.

Es per tot l'expressat amb anterioritat que el TS elimina la prohibició del vel islàmic (*burka* i *niqab*) a la localitat de Lleida, anul·lant d'aquesta forma els preceptes de l'Ordenança Municipal que tractaven sobre el tema.

4.4.Actualitat.

En l'actualitat podem veure que l'Ajuntament de Lleida ha derogat les modificacions que havia establert a la seva l'Ordenança Municipal de Civisme i Convivència relatives a l'ús del vel islàmic integral (*burka*).

⁴² Article 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁴³ Com podem veure, l'article 9.2 de la CE ens juga en contra ja que estableix que els poders públics, entre d'altres coses, haurien de facilitar la participació de tots els ciutadans a la vida política i, mitjançant la prohibició de l'ús del *burka* o *niqab* pot considerar-se una limitació a aquesta facilitat de participació.

⁴⁴ Fonament de Dret Desè

⁴⁵ Respecte el TEDH, cal tenir en compte la sentència de la gran Sala de 10 de novembre del 2005, la qual es manifesta de mode inequívoc sobre el paper de l'Estat per *conciliar els interessos de diversos grups i garantir el respecte de totes les creences* (paràgraf 106 i següents).

⁴⁶ Veure nota 17.

Trobem un altre cas analitzat pel TSJ de Catalunya relatiu a l'ús del *burka*, *niqab* o qualsevol vel integral en espais públics, que és el cas de l'Ordenança de Civisme de Reus. El que resol el Tribunal, mitjançant una interlocutòria⁴⁷, és suspendre els articles 10.4 i 44.a) de l'Ordenança de Civisme de la ciutat de Reus, seguint el mateix criteri que es va utilitzar per resoldre el cas analitzat.

Un cas similar a nivell europeu és el cas de la Llei francesa 2010-1192, d'11 d'octubre de 2010, que prohibeix l'ús del *burka* o vel islàmic integral en espais públics. Aquest cas francès fou portat al TEDH i, la Gran Sala d'aquest òrgan, va concloure que la Llei francesa estava acord amb Conveni Europeu de Drets Humans.

També trobem precedents a Itàlia, França, Bèlgica, Alemanya, Luxemburg⁴⁸ i Països Baixos, entre d'altres⁴⁹.

Àfrica també ha realitzat els primers passos per prohibir l'ús del *burka* en espais públics, atenent a la realitat social del país i per tal de protegir als ciutadans front a atacs terroristes. Camerun va legislar sobre aquest tema després del doble atemptat suïcida de Fotokol, el 12 de juliol del 2015. Senegal també ho va prohibir el 17 de novembre del 2015 i, el Tchad, després de l'atemptat de N'Diaména el 15 de juny del 2015, va prohibir l'ús del *burka* el 17 de juny del 2015.

⁴⁷Catalunya. Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Contenciosa, Secció 5ª) [versió electrònica – buscador de jurisprudència del Consell General del Poder Judicial]. Interlocutòria de 29 de Gener del 2015 (ID CENDOJ: 08019330052015200001).

⁴⁸ Luxemburg regula l'ús del *burka* i *niqab* de la mateixa forma que Bèlgica i Holanda.

⁴⁹ També trobem altres casos de prohibició de l'ús del *burka* o *niqab* a altres països europeus com: Suïssa, Eslovènia, Letònia i Estònia.

A Àsia també trobem alguns països on està prohibit l'ús del *burka*, com és el cas de Tadjikistan⁵⁰. Afganistan^{51 52} comença a debatre sobre el tema.

Al primer annex d'aquest treball es realitzarà un estudi a fons de l'actualitat del tema i, a més, es comentaran dues resolucions europees destacables sobre el tema de l'islamofòbia.

⁵⁰ País que ho va prohibir per combatre l'islam radical i prohibeix l'ús del *burka* i *niqab*, i altres peces de roba que no siguin pròpies de la roba tradicional tadjik.

⁵¹ Cal dir que en aquest país el *burka* es una peça de roba que es permet utilitzar. A l'any 2015 van començar diverses reivindicacions socials per acabar amb la pràctica de l'ús del *burka*, per exemple van realitzar una manifestació pels carrers de Kabul, pocs dies abans del Dia Internacional de la Dona, demostrant per part de diverses associacions que busquen eradicar aquesta pràctica ja que la troben sexista dins la cultura afgana.

⁵² El *burka* és una peça de roba que es va crear a l'Afganistan, mitjançant la introducció del *txadri* a principis del segle XX, durant el mandat de Habidullah, mandat en el que es va imposar l'ús d'aquesta vestimenta a les dones que componien el *harem* per evitar que fossin vistes. A partir d'aquest moment històric, el *burka* es va convertir en una peça de roba utilitzada per la classe alta, que l'utilitzava com una forma per aïllar-se del poble. Més tard, el règim talibà, va imposar l'ús del *burka* per totes les dones de l'Afganistan.

5. Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa – Administrativa, Secció 4^a, de 23 de març del 2015.

A continuació realitzaré una referència a la STS n°693/2013, de la Sala Contenciosa – Administrativa del TS per tal de comparar el tractament de les ordenances de civisme, que com ja he anunciat és el propòsit d'aquest treball. Serà una petita referència ja que el tema no s'ha vist contaminat per la persecució mediàtica, a diferència de l'anterior STS, i, a més, aquesta segueix el criteri de STS del *burka*.

5.1. Tractament per part del Tribunal Superior de Justícia, la sentència 215/2013, de 23 de març, Sala Contenciosa – Administrativa.

Estem front un recurs de cassació contra la TSJ de Catalunya 215/2013 de 23 de març de la Sala Contenciosa–Administrativa que versava sobre una ordenança municipal de Barcelona que prohibia el nudisme i l'ús del banyador o roba similar en els espais públics de la ciutat i establia les corresponents infraccions administratives.

El cas es remunta a un acord del Plenari del Consell Municipal de l'Ajuntament de Barcelona, de 6 de maig del 2011⁵³, en el que es va aprovar la modificació de l'ordenança de mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l'espai públic de Barcelona als efectes d'introduir-hi en el seu Títol II, capítol dotzè, secció tercera, la prohibició de la pràctica del nudisme, concretament en els articles 74, 74 *bis* i 74 *ter* de l'ordenança mencionada. Es van imposar una sèrie de sancions per les persones que practiquessin les conductes tipificades a l'ordenança en els espais públics.

La Candidatura d'Unitat Popular (CUP), l'Associació per a la Defensa del Dret a la Nuesa (ADDAN) i la Federació Espanyola de Naturisme van interposar un recurs Contenciós–Administratiu contra l'Ajuntament de Barcelona per l'acord adoptat (referenciat amb anterioritat). El que pretenien els recurrents era la nul·litat de l'ordenança municipal ja que entenien que la mateixa mancava de cobertura legal suficient per establir la prohibició del nudisme i imposar sancions, vulnerava la reserva de llei orgànica de l'article

⁵³ Publicat al BOPB el 12 de maig del 2011.

81 de la CE i infringia el principi de tipicitat, al estar aquesta pràctica emparada pels drets de llibertat ideològica i de pensament, intimitat i pròpia imatge i igualtat, infringia el principi de tipicitat al introduir conceptes jurídics indeterminats en l'establiment dels tipus infractors, anava en contra dels actes propis i havia estat dictada per un òrgan incompetent respecte de les platges al ser domini públic estatal. El que van al·legar en el recurs presentat va ser el següent:

- a) Al ser el nudisme una ideologia, la seva pràctica ha d'entendres emparada a l'article 16 de la CE i no pot limitar-se per ordenances municipals.
- b) Vulnera la sentència de 1^a Instància els articles 14 i 103.1 de la CE ja que la normativa impugnada no regulava en realitat l'ús d'espais públics sinó *la llibertat d'expressió de la ideologia dels individus concrets*.
- c) La sentència va en contra dels articles 84.2, 139 i 140 de la LRBRL, doncs es considera que el consistori local no pot limitar el dret fonamental a la llibertat ideològica.
- d) Vulneració dels articles 25 de la CE i 129 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant LRJAPPAC), perquè no es pot prohibir la pràctica del nudisme i, a més, aquesta *no pot ser penalitzada ni sancionada administrativament*.

El TSJ de Catalunya va analitzar el cas i va acabar desestimant el recurs interposat i va confirmar la sentència objecte del recurs. El que es va considerar fou que la corporació municipal era competent per aprovar una ordenança com la impugnada, justificada la restricció al nudisme per estar emparada a les atribucions municipals relatives a l'adequada regulació de la convivència pacífica, respectuosa amb els drets fonamentals al·legats a la demanda, no desconixedora dels actes propis i ajustada a les exigències del principi de tipicitat al incorporar conceptes jurídics indeterminats de concreció factible. No va imposar les costes a cap de les parts.

5.2.Tractament per part del Tribunal Suprem.

La part recurrent, front la desestimació del recurs presentat al TSJ de Catalunya, va presentar un recurs de cassació de la sentència impugnada davant el TS al·legant els següents motius, analitzats al cos de la sentència⁵⁴, tots ells emparats en l'article 88.1.d) de la Llei Jurisdiccional, denunciant les mateixes infraccions que en el primer recurs. Es considera, també, que el nudisme es una ideologia la pràctica de la qual està emparada pel dret fonamental a la llibertat ideològica prevista a l'article 16 de la CE, de forma que la seva manifestació externa no pot ser limitada pels poders públics mitjançant un instrument diferent a la llei Orgànica (article 53.1 de la CE) ni regulada per una ordenança municipal amb empara als articles 54.2, 139 i 140 de la LRBRL, ni penalitzada o sancionada administrativament. S'aprecia, també, una vulneració dels articles 14 i 103 de la CE. Cal dir, però, que no s'aprecia el motiu de cassació tercer, relatiu a la vulneració dels principis de legalitat i tipicitat.

Cal fer una especial consideració al Fonament de Dret Tercer de la sentència, en la que s'estableix que no es comparteix el que estableix la sentència recorreguda sobre la inclusió de la pràctica del nudisme al dret de la llibertat ideològica que contempla l'article 16 de la CE. La sala entén que el debat sobre la conformitat o disconformitat a dret de l'ordenança municipal recorreguda no pot centrar-se exclusivament en determinar si el nudisme constitueix una verdadera ideologia o si ens trobem front a pràctiques, actituds o formes de relacionar-se amb la naturalesa més o menys admeses o discutides socialment. La sala considera que quan l'ordenança prohibeix que *anar nu o nua en els espais públics* i quan ho defineix com a infracció lleu aquesta mateixa conducta no està condemnant, restringint o limitant les creences o les opinions dels ciutadans en relació amb el naturisme sinó que prohibeix la nuesa en els llocs d'ús públic general del territori municipal i ho tipifica com a infracció lleu si es realitza aquesta conducta. A més, no entén que el dret a la llibertat ideològica contingut a l'article 16.1 de la CE resulti

⁵⁴ Fonament de Dret Primer.

afectat en aquest supòsit ni que l'ordenança afecti la dimensió externa de tal dret fonamental. Això ho plasma de la següent forma: [...] *Es decir, al agere licere o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos, pues no puede compartirse la idea de que “estar desnudo “en cualquier espacio público constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público. Ni qué decir tiene que tampoco puede defenderse la existencia de un derecho fundamental a deambular, transitar o estar en esos lugares “en bañador”, pues no se alcanza a entender qué libertad fundamental se ejercita, necesariamente, vestido con dicha prenda.*

En aquest cas, el TS també utilitza el criteri de la sentència del 14 de febrer de 2013 (prèviament comentada) i arriba a la conclusió, utilitzant la mateixa sistemàtica, de que no estem front un dret fonamental al·legant que la situació i els valors en joc que ens ocupen són de naturalesa i intensitat diversa en comparació amb la sentència que tracte sobre l'ús del *burka*, que en aquest cas sí que va ser considerada una expressió directe i indubtable d'un determinat sentiment religiós connectat amb la dimensió externa del dret fonamental de la llibertat religiosa i, per tant, immune a la limitació, restricció o prohibició per una ordenança⁵⁵.

Es per tot això que es refuta la vulneració de l'article 16.1 de la CE i de l'article 53.1 de la mateixa norma i, també, en el mateix sentit, tampoc es considera necessari que l'Ajuntament autoritzi aquestes pràctiques, derogui o deixi sense efecte en el municipi de Barcelona el règim general de la llibertat d'expressió de les idees o opinions, de reunió i manifestació tal i com estan configurats a la CE i a les Lleis Orgàniques que els desenvolupen.

En el fonament de dret quart s'analitza la vulneració dels articles 14 i 103.1 de la CE. Relatiu al dret a la igualtat, podem veure que aquest apareix connectat al dret de la llibertat ideològica, la relació amb el pur fet d'estar nu

⁵⁵ Fonament de Dret Tercer *in fine*.

en els espais públics s'ha rebutjat. Per tant, d'acord amb el tercer fonament de dret, no es pot apreciar. Tampoc es vulnera, d'acord amb la sala, l'article 14 de la CE ja que es considera que la mesura es controvertida, proporcional i raonable i, a més, s'ha adoptat per un òrgan que té legitimitat democràtica, potestat⁵⁶, per ponderar l'estat d'opinió social i la seva projecció en la regulació de la convivència. Doncs, aquesta decisió s'ha pres per part dels representants dels ciutadans per acotar les relacions de convivència, establint una mesura que impedeixi la pertorbació d'aquestes i per garantir la tranquil·litat dels ciutadans i el lliure exercici dels seus drets.

La pròpia ordenança, segons el fonament de dret cinquè, hauria deixat oberta la possibilitat de practicar el nudisme o estar en banyador en certes circumstàncies, no ho ha prohibit de forma explícita per totes les situacions, sinó que només es sanciona aquesta activitats en els llocs en els que no estigui autoritzada o en els indrets en els que no es habitual vestir aquest tipus de roba. Es pot afirmar que el consistori ha tingut en compte l'autorització d'aquesta conducta en condicions determinades.

Per tant, l'Ajuntament no ha vulnerat els principis de legalitat i tipicitat i tampoc ha creat un nou dret, tal i com s'al·lega per la part recurrent sinó que l'ordenança no qualifica de cap forma la nuesa ni la restringeix de forma indeguda⁵⁷.

⁵⁶ Cal fixar-se en el que s'estableix en el quart fonament de dret, respecte a la potestat de l'Ajuntament: *Sin perjuicio de lo que diremos más adelante en relación con el título competencial que autoriza al Ayuntamiento a aprobar una Ordenanza como la que nos ocupa, no podemos olvidar que las Entidades Locales tienen potestad para "la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos" (artículo 139 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), sin que pueda negarse, por obvio, que el Ayuntamiento puede ejercitar en relación con los espacios públicos municipales las competencias que el ordenamiento le otorga para garantizar aquellas relaciones de convivencia. No se pretende con tal regulación, como se defiende, establecer un concepto oficial de moral, ni imponerlo coercitivamente a quienes no lo comparten. Se trata, simplemente, de asegurar unas condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad.*

⁵⁷ Fonament de Dret Setè.

Tampoc es pot apreciar cap mena d'indeterminació en les indicacions que han d'efectuar els agents de l'autoritat als que incompleixen aquesta prohibició continguda a l'ordenança municipal com a pas previ a la denuncia. A més, i d'acord amb l'article 74.ter.3 de l'ordenança l'infractor pot evitar l'obertura de l'expedient sancionador si conclou el seu comportament antijurídic, complint les exigències establertes a l'ordenança municipal⁵⁸.

Cal fer un petit incís en que hi ha un motiu que prospera, que s'estima, i es el relatiu als articles 74.1.bis.1 i 74.1.bis.2, en relació amb les expressions *casi nu* i *casi nua*, doncs no resulta factible determinar amb un grau de precisió les concretes característiques que sancionen⁵⁹. Aquest fet es relaciona amb els articles 25 CE i 129 de la LRBRL, ja que s'utilitzen conceptes jurídics indeterminats que constitueixen formules tipificadores vagues i impossibles d'objectivar.

Les expressions contraries al principi de legalitat i tipicitat són les que al·ludeixen a la prohibició d'anar o estar en llocs públics *quasi nus* o *quasi nues*; les que prohibeixen transitar o romandre en els espais públics en banyador o una altra peça de roba similar; o la que fa d'excepció, en relació amb el banyador, de permetre el seu ús en *els altres llocs on sigui normal o habitual estar amb aquest tipus de roba*.

Per resoldre aquest fet s'acudeix a la doctrina del Tribunal⁶⁰ la qual determina que quan la infracció de la tipificació d'infraccions s'efectua a través de conceptes jurídics indeterminats, recau sobre l'administració sancionadora el deure de raonar i motivar els fets imputats conformat adequadament el tipus infractor.

⁵⁸ Fonament de Dret vuitè *in fine*.

⁵⁹ Fonament de Dret vuitè.

⁶⁰ Sentència del Tribunal Suprem de 15 de febrer de 1999, Sala 4ª : *Las exigencias dimanantes de los principios de tipicidad y seguridad jurídica son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial (...), y no vedan, ni siquiera en el ámbito prohibitivo o sancionador, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas.*

Doncs, podem veure que estem front unes redaccions de les que emanen conceptes jurídics indeterminats i, seguint la doctrina, front una vulneració del principi de tipicitat i legalitat al trobar-nos front aquest redactat tan ampli. Es per això, que hagués estat necessari un major esforç de la corporació municipal per acotar aquests termes i no deixar als aplicadors de la ordenança el marge d'apreciació d'aquests conceptes, que no són clars. Es per tot això explicat que aquest motiu prospera.

Es per tot l'expressat amb anterioritat que el TS conclou que s'estima en part el recurs pels motius expressats amb anterioritat però es desestimen els demés i només impugna les expressions dels articles 74.1.bis.1 i 74.1.bis.2 però continua mantenint la validesa del conjunt de la norma.

5.3.Actualitat.

Tema semblant a l'analitzat és l'estudiat a la sentència del Tribunal Suprem de 30 de març del 2015, en la que es tracte sobre el fet de que l'Ajuntament de Platja d'Aro prohibís en la seva ordenança el nudisme a les platges.

El TS entén que aquesta pràctica no està emparada pel dret fonamental de la llibertat ideològica de l'article 16 de la CE, seguint el criteri que va establir a la sentència prèviament analitzada. El TS considera que la ordenança de l'ajuntament és proporcionada y no discriminatòria.

L'argument que s'utilitza és que *l'actitud personal consistent en estar nu en un espai públic com la platja no constitueix manifestació del dret fonamental a la llibertat ideològica garantit a l'article 16 de la Constitució*. D'acord amb això, el TS entén que el consistori pot limitar l'exercici del nudisme a les seves platges, pot prohibir-ho i sancionar-ho de forma administrativa, doncs ho realitza d'acord amb la competència que li atorga la LRBRL.

6. Conclusions.

D'acord amb el principi de constitucional de l'autonomia local, que s'ha vist sancionat al mateix nivell en el nostre ordenament jurídic de l'article 137⁶¹ de la CE, es obvi que les administracions han de gaudir de potestat normativa per poder regular competències que exerceixen i els serveis que presten, així ho ha reconegut amb seu local a la lletra a del primer punt de l'article 4 de la LRBRL⁶².

En aquest sentit, des de sempre, els ens locals han regulat els comportaments de les persones per tal de propiciar una convivència homogènia entre els habitants dels municipis. Amb l'adveniment de la democràcia i per aplicació del principi de reserva legal de l'article 25⁶³ de la CE, una part importantíssima de la doctrina, la reiterades sentències del TS i la jurisprudència es van posicionar evitant que les administracions locals, tot i gaudir de potestat reglamentària i d'autoorganització, en realitat, no podrien establir sancions per determinats comportaments del domini públic municipal que es consideraven inadequats.

La modificació del Codi Penal de 1989 va suprimir els anomenats "delitos de poblaciones" enviant erròniament a l'exposició de motius d'aquesta modificació aquests comportaments vandàlics o incívics a una impossible regulació mitjançant una ordenança municipal.

⁶¹ Veure nota número 9.

⁶² En aquest sentit, la modificació de l'article 28 de la LRBRL operada per la LRSAL és d'alguna manera una minva en les competències municipals.

⁶³ Article 25 CE : 1. *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.* 2. *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.* 3. *La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.*

El TC en les sentències n°77/1985, de 27 de juny, la n°101/1991, de 13 de maig i la sentència n°132/2001, de 18 de juliol, va intentar trobar una solució a aquest dilema a través d'argumentar que es pot regular mitjançant una ordenança municipal l'esfera accessòria d'un dret fonamental, el que no pot regular-se és el nucli essencial d'aquest dret. Amb aquesta idea, i amb la modificació de la LRBRL a través de la llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per la modernització del govern local, van aparèixer els articles 139⁶⁴ i 55⁶⁵ de la LRBRL que van permetre la regulació d'aquests comportaments i, això, va donar lloc a una constel·lació d'ordenances de civisme i convivència que van florir per tota la geografia de l'Estat espanyol a la llum de l'ordenança de Barcelona.

Aquest tipus d'ordenança, que té virtuts i defectes, pensem que juga un paper en l'establiment de la convivència entre persones al domini públic municipal sota el risc de caure en l'anòmia.

No obstant això, també es cert que la previsió constitucional dels articles 53.1 i 81⁶⁶ de la CE tenen un paper a jugar amb aquesta articulació legal. En aquest

⁶⁴ Article 139 LRBRL: *Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.*

⁶⁵ Article 55 LRBRL: *Para la efectiva coordinación y eficacia administrativa, la Administración General del Estado, así como las Administraciones autonómica y local, de acuerdo con el principio de lealtad institucional, deberán en sus relaciones recíprocas: a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias; b) Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones; c) Valorar el impacto que sus actuaciones, en materia presupuestaria y financiera, pudieran provocar en el resto de Administraciones Públicas; d) Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos; e) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas.*

⁶⁶ Article 81 CE : *1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de*

sentit, les dues sentències del TS comentades han jugat el paper de clau de volta al sistema però, molt em temo que davant de la inexistència d'una norma general amb caràcter d'orgànica que estableixi uns marges amplis per fixar els tipus de les infraccions administratives contemplats a aquestes ordenances (la llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana, absolutament extraviada amb les seves finalitats, no ha complert aquet paper) la polèmica seguirà servida.

las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

7. Bibliografia.

Legislació:

- Constitució Espanyola de 1978.
- Carta Europea d'Autonomia Local, Estrasburg, 15 d'octubre de 1958
- Carta Europea dels Drets Humans.
- Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local.
- Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa–administrativa.
- Llei 30/1992, de 26 de novembre, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.
- Llei Orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de llibertat religiosa.
- Constitució de Weimar de 1919.
- Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei Municipal i del Règim Local de Catalunya.
- Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General.
- Directiva Comunitària 93/400/CE.
- Llei 2010-1192 de França.
- Llei 152 de 1975 d'Itàlia.
- Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per la modernització del govern local.
- Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana.

Resolucions d'organismes internacionals:

- Resolució 1743/2010 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa sobre l'islam, islamisme i la *islamofòbia* a Europa.
- Recomanació 1927/2010 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa.

Jurisprudència:

- Sentència del Tribunal Constitucional nº21/1981, de 15 de juny (RTC/1981/21).
- Sentència del Tribunal Constitucional nº2/1982, de 29 de gener (RTC/1982/2).

- Sentència del Tribunal Constitucional nº78/1982, de 20 de desembre (RTC/1982/78).
- Sentència del Tribunal Constitucional nº7/1983, de 14 de febrer (RTC/1983/7).
- Sentència del Tribunal Constitucional nº77/1985, de 27 de juliol (RTC/1985/7).
- Sentència del Tribunal Constitucional nº101/1991, de 13 de maig (RTC/1991/101).
- Sentència del Tribunal Suprem de 20 de juny del 1994, Secció 5ª (RJ/1994/4632).
- Sentència del Tribunal Constitucional nº292/2000, de 30 de novembre (RTC/2000/292).
- Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans *Dahlab vs. Suïssa* de 15 de febrer del 2001.
- Sentència del Tribunal Constitucional nº132/2001, de 8 de juny (RTC/2001/132).
- Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans *Leyla Shain vs. Turquia* de 29 de juny del 2004 (TEDH/2004/46).
- Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans *Kervanci vs. França*, de 4 de desembre del 2008 (TEDH/2008/98).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya nº489/2011, Secció 2ª, de 7 de juny (JUR/2011/291592).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya nº215/2013, de 23 de març, Sala Contenciosa – Administrativa (JUR/2013/200661).
- Sentència del Tribunal Suprem nº 4188/2013, Sala Contenciosa, de 14 de febrer del 2013 (RJ/2013/2613).
- Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa – Administrativa, Secció 4ª, de 23 de març del 2015 (RJ/2015/2113).
- Sentència del Tribunal Suprem de 30 de març del 2015 (RJ/2015/1910)

Monografies:

- ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, a GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pág. 145.
- ARCÉS PIÑOL, M.TERESA, *La Prohibición del burka en Europa y en España*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edició, p. 178.
- BLASCO DÍAS, J.L, *Ordenanza Municipal y Ley*. Marcial Pons, Madrid. 2001.
- EMBID IRUJO, A. **Pròleg**. Al llibre: *Ordenanza Municipal y Ley*. Marcial Pons, Madrid. 2001, p. 9.
- SANCHEZ MORON, M. *Derecho Administrativo, Parte General*. Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

Articles Doctrinals:

- ARCÉS PIÑOL, M.TERESA, *¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?* Extret de la *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* número 26, any 2011, pàgina 42.
- AYLLÓN TRUJILLO, M^aTERESA., *De lo global a lo local: La perspectiva de catalejo* extret de *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales (Universidad de Barcelona)*, número 69, de 1 d'agost de 2000.
- BROTAT I JUBERT, R. *Un concepte de seguretat ciutadana*, extret de *Revista Catalana de Sociologia*, número 17, desembre del 2002.
- BROTAT I JUBERT, R. *Las tres paradojas de la Seguridad* extret de *Diputació d'Alicant*, publicat el 16 d'abril del 2004.
- CAMPS, V., *El sentit del civisme*, extret de la revista *Les Claus de la Convivència*, n°6, 2005.
- DIPUTACIÓ DE BARCELONA, ÀREA D'IGUALTAT I CIUTADANIA; SERVEI DE PROMOCIÓ DE POLÍTQUES D'IGUALTAT DONA-HOME., *Elements per a una actuació*

municipal de promoció del civisme, 1ª Edició, Ed. Diputació de Barcelona, Àrea de Presidència, Direcció de Comunicació; Barcelona, 2007, p.46.

- IBÁÑEZ PICÓ, M. *Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia*. Extret de la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº23, 2008, pàg. 143-184.
- ZAPATA – BARRERO, R., *Ciutats, Ciutadania i cultura cívica. Importància d'elaborar un discurs públic* extret de la publicació *Elements per una actuació municipal de promoció del civisme*, Diputació de Barcelona, març del 2007.

1. Actualitat.

1.1.França.

El 14 de setembre del 2010 França va aprovar la Llei sobre l'ocultació de la cara en espais públics, la Llei 2010-1192⁶⁷, però abans de la seva aprovació aquesta va estar sotmesa a Informes i Consultes del Consell d'Estat, de la Comissió de les Lleis Constitucionals de la Legislació i de l'Administració General de la República i, finalment, del Consell Constitucional Francès⁶⁸.

El poder legislatiu francès basa la prohibició d'aquesta llei en el concepte d'ordre públic⁶⁹, entès com una base d'exigències i garanties de la vida en societat, condicionant l'exercici d'altres llibertats que poden fragmentar aquest ordre, considerant el *burka* o els altres elements que cobreixen la cara com un d'ells. es basa en la seguretat pública, que la considera com un element que forma part de l'ordre públic material i, per això, conclou que podria justificar-se la prohibició de l'ús del *burka* o el vel islàmic, en els llocs on existeixi suficientment provat una alteració de l'ordre públic. L'altre element que serveix com a fonament per redactar la norma en qüestió és la dignitat de la persona i el Principi d'Autonomia Personal.

M.Teresa Arces Piñol estableix el següent: “*Para algunos, la Ley francesa que prohíbe el velo integral de forma absoluta en los espacios públicos, les puede parecer excesiva a un problema real, pero no podemos olvidar que, estas indumentarias representan posiciones radicales islámicas y, además son ofensivas para la dignidad de la mujer, ya que simbolizan su*

⁶⁷ Veure l'articulat de la Llei 2010-1192: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>

⁶⁸ Decisió del Conseil Constitutionnel n°2010-613 du 7 octobre 2010 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911681&categorieLien=cid>).

⁶⁹ El concepte d'Ordre públic apareix com un valor de la República Francesa, concepte lliberal que apareix a l'article desè de la Declaració dels Drets dels Homes i dels Ciutadans del 1789, document fonamental de la Revolució Francesa.

sumisión respecto del varón. Indumentarias, que dificultan la comunicación entre personas al ocultar el rostro, y que pueden generar problemas de seguridad en ciertos ámbitos, al impedir la identificación de la persona. Por este motivo, Francia, basa su prohibición en el concepto de orden público en su dimensión inmaterial, entendido como una base mínima de exigencias recíprocas y de garantías esenciales de la vida en sociedad, que condicionan el ejercicio de otras libertades”⁷⁰.

Aquesta Llei va analitzada pel Tribunal Europeu dels Drets Humans – en endavant TEDH – en el cas S.A.S. c. França⁷¹. La demandant al·lega una possible vulneració dels articles 8-9-10 de la Carta Europea dels Drets Humans (CEDH), que comprenen el dret a la privacitat, la seva llibertat d’expressar la seva religió o creences i la seva llibertat d’expressió. Estableix que la llei vulnera el dret de les dones musulmanes a manifestar la seva fe i a viure-la en públic. El Govern francès, per la seva part, estableix que la llei el que fa es perseguir objectius legítims en una societat democràtica i que la prohibició es necessària per assolir-los. El que es busca es garantir el respecte als valors de la societat democràtica i, a més, aquesta Llei respon a la necessitat d’identificar a qualsevol persona per evitar una alteració de l’ordre públic i la seguretat pública.

El que fa el TEDH és considerar que l’ús de peces de roba, pentinats o altres símbols religiosos o culturals estan emprats pel dret a la vida privada i pel dret a manifestar les pròpies creences però recorda que quan estan en joc qüestions de política general és tenen en compte els poders decisoris nacionals. És per això que el TEDH conclou que l’Estat francès disposava *d’un alt marge d’apreciació i que la prohibició pot passar per proporcional a l’objectiu*

⁷⁰ ARCÉS PIÑOL, M.TERESA, *¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?* Extret de la *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* número 26, any 2011, pàgina 42.

⁷¹ Estrasburg – Tribunal Europeu dels Drets Humans (Gran Sala) [versió electrònica – buscador de jurisprudència del TEDH]. Cas S.A.S c. França, 1 de juliol del 2014 n°43835/2011 (<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145240&filename=001-145240.pdf&TID=xdvmrpyqsp>.)

perseguit, elevant el valor de la preservació de les condicions de convivència i seguretat. Per aquest fet, en la decisió final del TEDH (*fallo*) estableix que no hi ha una violació dels articles de la CEDH al·legats per la part demandant.

A l'articulat de la llei francesa podem veure que es preveu una multa de fins a 150 euros pels que portin aquesta peça de roba islàmica i, a més a més, imposa també la realització de cursos de ciutadania per les dones que incompleixin aquesta norma. Més severament, també, se castiga als que imposin l'ús del *burka* i se'ls condemna a multes de fins a 60.000 euros i, en els casos més greus, penes de presó de fins a dos anys.

Des de l'entrada en vigor d'aquesta Llei a França, des de l'any 2011 a l'any 2015, 1.546 dones han estat multades per la policia per portar el vel integral, amb una multa de 150 euros. Per tant, podem veure que de mitjana s'han interposat, de mitjana, 386 multes de mitjana per any. Per tant, podem posar en qüestió l'efectivitat d'aquesta llei, doncs s'han interposat molt poques multes des de l'entrada en vigor de la norma en qüestió.

1.2.Itàlia.

El cas italià es remunta a l'any 1975 i, aquest Estat, el que buscava prohibint l'ús de peces de roba que cobrissin la cara en l'època de Brigate Rosse, per combatre els actes terroristes de l'època. Això ho va realitzar mitjançant una Llei, la Llei 152 de 1975. A l'articulat d'aquesta s'estableix que està prohibit trobar-se en llocs públics amb la cara de forma totalment o parcialment coberta mitjançant qualsevol mitjà que faci difícil el reconeixement de la persona. A més, en l'articulat d'aquesta mateixa llei que l'incompliment d'aquesta norma suposa un arrest d'un a sis mesos i el pagament d'una multa.

A l'any 2010, la Ministra d'Igualtat d'Oportunitats, Mara Carfagna, va anunciar que l'Estat Italià volia presentar una Llei que impedís cobrir-se completament la cara a Itàlia, prohibint així l'ús del *burka*, *niqab* i altres peces similars, unint-se així al que havia realitzat França.

Cal dir, però, que actualment a Itàlia no existeix cap llei que prohibeixi l'ús del *burka*, *niqab* o altres peces que cobreixin completament la cara.

1.3. Bèlgica.

Bèlgica és un dels primers països europeus on es va prohibir l'ús del vel integral (*burka i niqab*) en els espais públics, concretament a l'any 2010, concretament l'1 de juny d'aquest mateix any, precedint l'Estat Francès. Cal dir, però, que el Tribunal Constitucional Belga va determinar que aquesta prohibició no afectava als llocs de culta públics (evitant vulnerar la llibertat religiosa de cada persona) sinó que el que es prohibia era que els ciutadans es presentessin en espais públics amb la cara dissimulada o tapada, parcialment o totalment, evitant així la seva identificació.

La Llei Belga establia multes lleus de 15 a 25 euros si es portaven peces de roba que cobrissin la cara, totalment o parcialment, impedit, així, la identificació d'aquestes persones i, també, s'establien penes de presó de 1 dia a 7 per les persones que utilitzessin aquest tipus de vestimentes.

1.4. Alemanya.

Alemanya no prohibeix l'ús del burka en llocs públics sinó el que realitza és prohibir a les professores i a les funcionaries públiques l'ús del vel i qualsevol altre símbol religiós o polític. Només ho prohibeixen vuit regions de l'Estat Alemany, que són els següents: Saarland, Baden – Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein – Westfalen, Niedersachsen, Bremen i, finalment, Berlín.

Per tant, podem veure que la regulació de la llibertat religiosa depèn dels Estats Federats. Cal tenir en compte una sentència que és doctrina jurisprudencial del Tribunal Federal Contenciós – Administratiu, que és la sentència que ens parla sobre el *burkini*⁷². Aquesta sentència estableix, en el seu *fallo*, que les persones que no vulguin que es vegi el seu cos poden utilitzar un banyador de cos complert, un *burkini*, que és una peça utilitzada pels musulmans d'algunes regions asiàtiques que tapa completament el cos de les dones.

⁷² Trobem, també, una sentència relacionada dictada deu anys abans, concretament a l'any 1993, per part del Tribunal Constitucional Alemany. En aquesta s'afirmava que les noies musulmanes podien lliurar-se de les classes de natació quan no tinguin *la possibilitat de tapar la seva nuesa* davant altres persones del sexe contrari.

2. Opinió d'organismes Internacionals

2.1.Resolució 1743/2010 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa sobre l'islam, islamisme i la islamofòbia a Europa.

Aquesta Resolució de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa el que intenta que els musulmans abandonin qualsevol interpretació tradicional de l'islam que negui la igualtat entre l'home i la dona, restringint els drets de la dona en tots els aspectes de la seva vida. Doncs el que considera aquest òrgan és que la interpretació tradicional nega la igualtat entre l'home i la dona i, aquest fet, està en desacord amb la dignitat humana.

Seguint aquest sentit de desigualtat entre home i dona, es creu que l'ús del vel per les dones (atenent especialment al *burka o niqab*) es un símbol de submissió de la dona a l'home, restringint el paper de la dona a la societat. El que no s'admet és l'ús del vel com una obligació religiosa sinó com una opció, tot i que molts dels musulmans creuen que és una tradició.

L'Assemblea considera que aquesta tradició considerada per part dels musulmans suposa una amenaça contra la dignitat i llibertat de les dones i reafirma que cap dona ha d'estar forçada a utilitzar aquests tipus de peça de roba, doncs es reafirma a l'article 9 de la Convenció.

L'Assemblea no opta per una prohibició de l'ús general del vel, *burka o niqab* ja que podria potenciar el seu ús.

El que busca l'Assemblea mitjançant aquesta Resolució és que els Estats realitzin polítiques per educar a les dones musulmanes per conèixer els seus drets, per ajudar-les a participar a la vida pública, per ajudar-les a eliminar les desigualtats i, finalment, perquè pugin aconseguir una independència econòmica i social.

2.2.Recomanació de 1927/2010 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa.

Aquesta Recomanació el que realitza és convidar els Estats a no adoptar una prohibició general de l'ús del vel complert o altres vestimentes religioses o especials, ja que entén que una prohibició general atempta contra la vida privada i impedeix que les dones musulmanes tinguin les

mateixes oportunitats eliminant la possible discriminació que pugin patir dins l'àmbit familiar.

Assenyala, també, que les restriccions legals d'aquesta llibertat poden justificar-se quan són necessàries per raons de seguretat o funcions públiques (en societats democràtiques).

